NOTARISTEFANI

ANCORA LA FRODE PUNIBLE

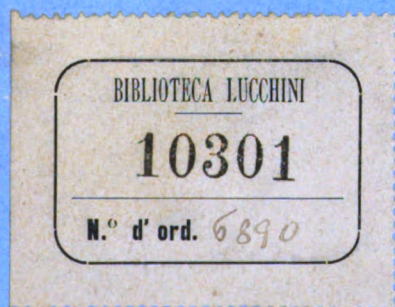
Deposizione e presentazione D'infanti

1897

Italy

DE NOTARISTEFANI Avv. RAFFAELE

ANCORA LA FRODE PUNIBILE

ESTRATTO DAL *FORO PENALE*

ROMA
TIPOGRAFIA NAZIONALE DI G. BERTERO
VIA UMBRIA
1897

DE NOTARISTEFANI Avv. RAFFAELE

ANCORA LA FRODE PUNIBILE

ESTRATTO DAL *FORO PENALE*

ROMA
TIPOGRAFIA NAZIONALE DI G. BERTERO
VIA UMBRIA
1897

ANCORA

LA FRODE PUNIBILE

(in risposta all'avv. GENNARO ESCOBEDO). (1)

Un giorno nel canale di Porto Corsini, il bel canale, che, costeggiando la superba Pineta, sacra alla storia, alla poesia, ma non alle depredazioni comunali, porta il mare a Ravenna, arrivava una barcaccia carica di legname. Erano pali, tavole, traverse malamente gettate, ricoperte di polvere, di terreno, spruzzate di calce, in alcuni punti avevano spaccature, in altri parevano bruciate o presentavano fori, frastagliature, qua e là tracce evidenti di fradicio, dappertutto rivelavano un lungo ed onorato lavoro, una prossima destinazione a bruciare nel caminetto, formando la delizia del solito borghese, che sfoglia un libro a poco a poco e ha il polso quieto. E gli arrivi di quelle barcacce si seguirono a breve distanza per lungo tempo. Ma dove non giunge il sospetto del fisco? Proprio, il fisco sospettò che quell'innocente, vecchio, fradicio legname contenesse un contrabbando. Difatti quando ci recammo a constatarlo col giudice istruttore, osservammo la più perfida, se si vuole, ma, diciamolo pure, la più industre e la più graziosa frode daziaria. Quelle tavole, quei pali, quelle traverse si aprivano tutte da due parti, erano graziosamente scannellate, e ciascuna delle scannellature foderata di stoffe dei più allegri colori per impedire ogni indiscreto rumore formava uno scatolino elegante, la massima parte dei quali era ripiena di caffè. Insomma una vera opera d'arte, una vera raffinatezza superlativa di raggiri atti ad ingannare l'altrui buona fede: tuttavia gli autori furono puniti per contrabbando non per truffa.

Un'altra volta nella stessa Ravenna dove i reati contro la proprietà sono rarissimi, ma il contrabbando è assai frequente, ciò che costituisce una contraddizione significativa, gli agenti di finanza, che vigilavano le sponde del canale, furono uno ad uno segretamente avvertiti, che a un dato punto si stava in quel momento consumando un contrabbando e tutti, certo più per il santo zelo di compiere il loro dovere, che per acquistarsi i meriti e i vantaggi degli scopritori, si recarono in quel punto e si trovarono in circa cinquanta a constatare una frode di non grande valore, mentre la diminuita vigilanza permetteva nello stesso

(1) Vedi: *Foro penale*, anno VI, pag. 28, p. 2ª — *Foro penale*, anno V, pag. 201, p. 1ª — *Giustizia penale*, anno III, col. 1100.

istante di sbarcare e d'introdurre ingenti quantità di merci soggette a dazi. Fu scoperta e punita la gherminella, ma non certo come truffa.

Si potrebbe continuare, si potrebbe dire che tutti i giorni si fanno processi per contrabbando, per contravvenzione a leggi fiscali, nei quali vengono alla ribalta i raggiri più raffinati per introdurre merci sotto le più varie trasformazioni e nessuno pensa ad applicare l'articolo 413 del Codice penale. Le leggi stesse daziarie prevedono casi, nei quali il raggiro è insito e chiaro e li puniscono spesso con pene pecuniarie, più o meno gravi, ma senza alcun rinvio al reato di truffa. La giurisprudenza ha stabilito ripetutamente il carattere fraudolento di molte contravvenzioni daziarie e ha detto che dovevano considerarsi come delitto ma nemmeno è stata decisa, che io mi sappia, la quistione dell'applicabilità dell'articolo 413 ed ho ragione di credere che non è stata decisa, perchè non è stata fatta.

Il diritto romano puniva di ammenda e di confisca chi trasportava mercanzia soggetta a dazio senza dichiararla, il padrone del bastimento che caricava o lasciava caricare nel suo legno mercanzie non dichiarate, chiunque fabbricava ferro in sua casa o chi lo vendeva (D. 34, *de pubblic. et vict. et comm.*, C. 4, 61 *de vectig. et comm.*).

Il nostro Beccaria dice chiaro al § 33 " Dei delitti e delle pene ": Il contrabbando è un vero delitto che offende il sovrano e la nazione, ma la di lui pena non deve essere infamante, perchè commesso, non produce infamia nella pubblica opinione.

In Germania la disputa fu solenne. Furono alcuni, è vero, che vollero attrarre questa specie di frode che chiamarono *Defraudationen* nell'orbita della truffa (*Betrug*) ma lo chiesero come un'ardita innovazione diretta appunto a correggere l'indirizzo della pubblica opinione. La maggior parte degli scrittori invece mantennero il carattere di reati di polizia a questa specie di frodi, pur affaticandosi e separandosi nella ricerca del motivo giuridico che giustificava lo speciale trattamento più benigno. In gran parte credettero ritrovarlo nell'obbligo del legislatore di seguire l'indirizzo della pubblica opinione, qualcuno nella sorgente politica o di convenienza del diritto leso da questa specie di frode, qualche altro, come anche aveva fatto il Beccaria, nella mancanza di quel danno, che oggi si chiamerebbe danno mediato, ossia nella nessuna scossa che tali frodi producono nell'opinione di sicurezza dei cittadini. Il Merkel invece ritenne escluso in generale dalla truffa (*Betrug*) ogni inganno diretto a sottrarre chi lo produce all'adempimento di una obbligazione, purchè, beninteso, non induca l'ingannato ad un atto positivo di liberazione e dette vari esempi ed assegnò a varie categorie questi delitti di omissione, mostrando come non si tratti di un trattamento speciale in odio del pubblico denaro, ma di una condizione generale, perchè ogni inganno sorpassi i limiti della tolleranza generale, della *naturalis licentia decipiendi* ed entri in quelli della truffa.

Stando così le cose, quando, commentando nel *Foro penale* (anno VI, pag. 28) la sentenza della Corte di cassazione sul ricorso *De Pretto* e *Cappellari* e confrontandola con l'altra sentenza della stessa Corte sul ricorso *Pinto-Chauvet*,

dissi che l'unica maniera di giustificare la decisione di quest'ultima era una estensione del precetto del Merkel anche ad una restituzione di dazio avvenuta in virtù d'inganno, sentivo che questa estensione poteva sembrare incerta e dubbia e dei dubbii e dell'incertezza mia facevo espressa menzione, sapevo che anche il precetto del Merkel poteva essere oppugnato, come difatti era stato, ma in verità ero molto lontano dall'aspettarmi che per oppugnare quel precetto e per oppugnare in generale la differenza fra una frode daziaria e la truffa prevista dal Codice penale potesse sembrar sufficiente ad un giurista valorosissimo come l'avvocato Escobedo semplicemente protestare, sia pure in nome del criterio giuridico e insieme del senso morale.

Me ne dispiace specialmente per il senso morale, ma contro questa protesta protestano venti secoli di scienza, di leggi, di giurisprudenza.

E protesta lo stesso avvocato Escobedo quando ammette che uomini di media moralità non si arrestano dinnanzi a una frode daziaria o ad una qualunque dello stesso genere fiscale, allorchè si tratta di frode di poca entità e relativa ad oggetti, che servono all'uso personale. Una delle due: o i raggiri fanno degenerare in truffa la frode daziaria e ciò deve avvenire sempre, qualunque sia il valore e la qualità dell'oggetto; o la frode daziaria resta sempre tale, qualunque sia il mezzo usato per sottrarsi al pagamento del dazio e tale deve restare, anche se si tratta di centinaia di mila lire. Dire che uno stesso fatto o meglio una stessa frode secondo il diverso valore dell'oggetto frodato può costituire due delitti diversi significa enunciare una proposizione, il cui merito, è proprio vero, si può sentire, ma non si può discutere.

Se poi l'avvocato Escobedo mi avesse fatto l'onore di tener presente non la sola parte del mio opuscolo, le cui parole ha riportato, ma anche quella in cui la teoria del Merkel è riassunta per sommi capi, se meglio ancora avesse tenuto presente il libro del Merkel sulla dottrina della frode punibile (e creda a me, ne val proprio la pena, perchè si tratta di un capolavoro) al suo acume non sarebbe sfuggito che il criterio del Merkel aveva grandissima relazione con il caso *Pinto-Chauvet* e che l'applicazione che io ne facevo non era punto fuori di luogo. In breve il Merkel dice: non è a parlare di truffa quando l'inganno non eccede i limiti della tolleranza comunemente consentita, questi limiti sono diversi secondo la diversa natura del rapporto fra l'ingannatore e l'ingannato, l'inganno diretto a sottrarsi al pagamento di un' imposta è sempre compreso in quei limiti, quindi può dar luogo ad un altro reato, non al reato di truffa. Io estesi e dissi: se l'inganno diretto a non pagare un dazio non può costituire truffa, forse non lo costituirà nemmeno l'inganno diretto ad ottenere la restituzione di un dazio pagato; se l'uno non esorbita, l'altro pure si mantiene nella *naturalis licentia decipiendi*. Ora, torno a dirlo, si potrà dire che l'estensione è arbitraria e se si dice, non avrò forse che rispondere, perchè il limite della *naturalis licentia decipiendi* non è segnato da alcun criterio scientifico invariabile ma, come del resto quasi ogni confine fra torto civile e delitto, è di sua natura essenzialmente mutabile e si appoggia ad elementi di fatto continuamente variabili; ma farmi confondere per amor di confutazione quello che non ho confuso, farmi dire quello che non

ho detto è un sistema di disputa che può ammettersi molto dinnanzi ai giurati, poco dinnanzi ai giudici togati, ma niente affatto dinnanzi alla scienza. Sta bene che quella parte della teoria del Merkel che riguarda l'esclusione della truffa quando nella esistenza di un diritto realizzabile sta un equivalente, che esclude una diminuzione effettiva del patrimonio dell'ingannato, non ha niente a che fare e non si può estendere al caso *Pinto-Chauvet*, nel quale gli ingannatori tendevano certamente a sottrarsi ad ogni risarcimento, ma chi lo ha esteso, chi ha detto questo? Non io certamente, che ho applicato la teoria del Merkel, tutta quanta e specialmente nella parte relativa alla *naturalis licentia decipiendi* e alle *defraudationen.*

Ma il valoroso direttore della *Giustizia penale*, sbaragliato me e la mia povera nota di commento alla sentenza de Pretto-Cappellari, si assume fatica assai più ardua, quando cerca di colpire al cuore la dottrina del Merkel intorno alla differenza fra la frode civile e la frode punibile. E se ancora i lettori della *Giustizia penale* avessero avuto bisogno di una prova dell'ingegno fortissimo dell'avvocato Escobedo, questo combattimento la darebbe completa, mostrando come egli ha saputo, in qualche colonna di vivacissima confutazione, condensare tutto quanto si può opporre e si è opposto alla dottrina del Merkel, che ha già trenta anni di vita gloriosa, sebbene fra noi sia sembrata quasi una novità.

Tuttavia io penso che nemmeno all'avv. Escobedo sia riuscito di ferirla. E poichè mi tocca l'onore di dimostrarlo, tanto per fissare la disputa sopra basi sicure e determinate, non potendo tradurre tutto il libro del Merkel, di cui nemmeno una parola è inutile, mi sia concesso tradurre qualche pagina del manuale dell'Holtzendorf, nel quale lo stesso Merkel, tenuto conto delle maggiori confutazioni rivolte alla sua teoria, così riassume la parte essenziale dei suoi ragionamenti:

" Il compratore, il quale nel conchiudere un acquisto, contrariamente alla sua intenzione, promette di pagare il prezzo in un giorno determinato, non è per ciò solo colpevole di truffa. E nemmeno sarà tale, se la sua menzognera assicurazione esercita un'influenza sulla opinione e sulla decisione dell'altro contraente, se pure risulta che questi non avrebbe consentita la vendita, qualora gli fosse stata nota la reale intenzione del compratore. Ma in generale non si è dato sufficiente conto del motivo, per cui si vuole escluso dalla truffa un tale inganno sull'*animus solvendi.* Questo si deve rinvenire nel fatto che l'esistenza di un diritto realizzabile alla prestazione promessa non è condizionata all'onesta intenzione del promettetene che nell'esistenza di un tale diritto sta un equivalente della prestazione dell'ingannato, che esclude l'elemento del danno patrimoniale e quindi il concetto della truffa.

Il valore dell'obbligazione in questione si giudica non secondo l'intenzione in generale non determinabile di colui che è obbligato, ma secondo il rapporto esterno e secondo i mezzi giuridici, che l'avente diritto ha eventualmente in vista. Se deve dunque la produzione dell'errore avere il carattere supposto, ossia racchiudere in sè una perdita patrimoniale per l'ingannato (o il rappresentato da lui), essa si deve estendere eziandio all'indicato rapporto obbiettivo.

Laddove questo non sia, occorre domandarsi se l'obbligato, nonostante la sua originaria intenzione, adempie liberamente l'obbligazione o no. Se si verifica il primo caso, non vi è evidentemente motivo di altro. Se invece si verifica il secondo, si presenta per il creditore la necessità di sperimentare la forza giuridica dell'affare conchiuso. Finchè il vincolo da esso stabilito non si mostra vano, non esiste alcun motivo per l'intervento della giustizia penale. Sarebbe stoltezza se l'avente diritto volesse prescindere dai rimedi a lui offerti per evitare il danno e volesse disdegnarli per ricorrere alla protezione penale; nè la giustizia penale avrebbe alcun motivo sufficiente per accomodarsi al punto di vista di una tale perversità.

Ma quanto finora si è detto vale evidentemente non soltanto per il menzionato inganno sull'*animus solvendi*, ma in maniera perfettamente eguale per ogni altro inganno, il quale manchi dell'indicata caratteristica decidente: estensione al rapporto esterno, dal quale dipende la forza ed il valore dell'azione civile derivante dall'obbligazione; per ogni altro inganno insomma, nel quale la posizione dell'ingannato risponda alle condizioni sopraindicate. Finchè è in potere di costui di non essere danneggiato, vale a dire finchè nessun impedimento gli si opponga per far valere il proprio diritto con quei mezzi e per quelle vie, che appunto a ciò sono destinati, non si presenta il concetto della truffa, quale che sia del resto il contenuto dell'inganno. Così, per esempio, se un individuo solvibile vende merci che egli non possiede nella qualità pattuita con la speranza che il compratore sia per contentarsi anche di una qualità peggiore. Se questo avviene, non vi sarà motivo ad altro procedimento; se non avviene, il venditore dovrà tenere indenne il compratore, ma, facendolo, verrà a mancare il danno, elemento essenziale nel concetto della truffa.

La frode (presa la parola in largo senso) ha questo di speciale che si serve delle forme del contratto e con ciò penetra nel campo dominato dalla giustizia civile. Finchè non è diretta a rendere illusorie le garenzie offerte da quest'ultima per l'integrità del diritto, non v'è proprio alcun bisogno di rivolgersi all'ultima istanza e di porre in movimento l'importante apparato della giustizia penale. La protezione giuridica penale ha un'importanza sussidiaria. Essa deve entrare a lato della protezione civile soltanto dove questa si palesi insufficiente ad assicurare l'esistenza dell'ordine giuridico e deve soltanto presentarsi dove la riparazione del turbamento esercitato non possa aver luogo per mezzo degli altri fattori della vita dello Stato e della società.

Egli è pertanto generalmente a supporre nella frode punibile che il raggiro o l'artifizio diretto ad ingannare si estenda al rapporto decisivo per la realizzabilità dell'azione civile che ne risulta. Così se l'ingannatore nella conclusione del contratto indica un falso nome o un falso domicilio, e in tal modo cerca in precedenza di rendere impossibile la persecuzione giuridica. Così inoltre se egli, sebbene insolvibile, con inganno si fa concedere credito, perchè in questo caso l'obbligazione civile, che ne risulta, è fin dall'origine priva di ogni valore. Così inoltre se i raggiri si riferiscono alla prestazione posta in vista e calcolano nello stesso tempo sopra un effetto tanto durevole, che secondo l'intenzione dell'ingannatore

non resti all'ingannato alcun motivo o alcuna possibilità di tentare la via civile. Questo è per esempio il caso di colui, il quale per mezzo di false quietanze o in altra maniera fa ritenere al suo creditore di averlo sodisfatto, di chi per mezzo di un falso giuramento o di falsi documenti si sottrae all'azione intentata contro di lui, di chi cerca d'ingannare la Società di assicurazione mediante l'incendio della propria casa, di chi paga un debito con falsa moneta, ecc.

Al contrario sono esclusi dalla frode punibile i raggiri abituali ed accettati nel commercio degli affari. Essi sono destinati ad indurre alla conchiusione degli affari o a facilitare il modo di regolarli senza che si calcoli sopra un effetto durevole della specie suindicata. Essi sono diretti ad eliminare esitazioni, le quali sono abbastanza importanti per tener taluno lontano da un determinato affare; ma in generale non altrettanto per spingere a sperimentare un'azione civile di fronte ad un affare già conchiuso. Con la conchiusione dell'affare l'ingannatore si è posto nella vantaggiosa posizione del possessore e sperimenta ora se l'altro si mostri contento o insista nel suo diritto. Il venditore fornisce ai suoi avventori merci, le quali, come risulta dal più superficiale esame, non posseggono le qualità supposte. Egli calcola su ciò, che di tre compratori uno si contenti della merce, sebbene immediatamente ne osservi il difetto, un altro lo osservi successivamente, quando non gli sia più comodo o gli sia diventato indifferente di ritornare seriamente sull'affare e soltanto un terzo insista seriamente sul suo diritto . . . . . . Senza dubbio questa è una maniera riprovevole di trattare gli affari. Ma la giusta correzione a ciò non sta nell'istituire processi penali, ma nella reazione naturale dell'interesse sociale „.

Dopo ciò, pur ripetendo fino alla sazietà, che per sentire tutto il valore della teoria del Merkel è necessario tener presente sia gli altri paragrafi dello stesso manuale dell'Holtzendorf, nel quale egli tratta della truffa, sia la speciale esauriente dissertazione innanzi indicata, mi parrebbe abusare di una posizione estremamente favorevole e quindi mancare di cavalleria, se troppo insistessi nel dimostrare che le confutazioni dell'Escobedo non raggiungono lo scopo che si propongono. Basterà metterle in rilievo brevemente.

Prima di tutto non sfuggirà a chi ha letto la pagina sopra tradotta e la nota dell'avv. Escobedo, che, se da una parte è vero che il Merkel ha spostato il centro della frode punibile per le teorie più in voga, dall'altra non è men certo che l'avv. Escobedo ha spostato il centro della frode punibile nella teoria del Merkel, quando l'ha voluto riporre nella intenzione di assicurarsi il profitto o la impunità. Senza dubbio l'azione dell'ingannatore nella frode punibile presenta un doppio aspetto secondo il lato da cui si guarda; da una parte tende sempre a recare un vantaggio patrimoniale a colui che inganna, dall'altra tende a produrre un danno a colui che è ingannato. Orbene il centro, se si vuol chiamare così, sta nel secondo aspetto della stessa azione, non nel primo. Il Merkel non ha detto che colui il quale estende l'inganno fino a rendere impossibile l'azione civile di risarcimento o di nullità è punibile, perchè, così agendo, si assicura il profitto dell'inganno; ma perchè, così agendo, produce o tende a produrre un danno patrimoniale effettivo, mentre, agendo diversamente, non produce quella

specie di danno, che è necessaria a richiedere l'intervento della giustizia penale. Sostituiamo dunque al centro immaginato dall'avv. Escobedo quello dato dal Merkel e sparirà perfino ogni parvenza di attendibilità in quelle proposizioni che scritte in carattere corsivo rappresentano per il valoroso contraddittore del Merkel la parte più notevole e decisiva delle sue argomentazioni. Sparirà, perchè, se è vero che *non può costituir reato l'assicurare o il tentare con mezzi validi di assicurare il profitto di un at'o o di un fatto che per sè non è reato*, è evidente che *può costituire reato il produrre o il tentare con mezzi validi di produrre ad altri un danno patrtmoniale con un atto che senza produrre e senza tendere a produrre questo danno non è reato.*

E se è così, se questa semplice osservazione basta a mettere da canto tutte le argomentazioni che si contengono nei due paragrafi nei quali l'Escobedo esamina quelle che egli chiama seconda e terza ipotesi, che cosa resta? Restano le prime osservazioni e l'ultima. Comincio da questa: " L'applicazione del criterio di Merkel, dice l'Escobedo, ad altri reati contro la proprietà, diversi dalla truffa, ne dimostra viemeglio l'infondatezza. Una persona solvibile difficilmente potrebbe rendersi colpevole di appropriazione indebita, perchè difficilmente egli potrebbe agire in modo da sottrarsi all'obbligo ed alla possibilità della riparazione. Giungeremmo a dire che, nei casi in cui si fosse agito scopertamente, la rapina non dovrebbe esser punita per altro, se non per la violenza personale adoperata; il furto dovrebbe andare impunito, ove le vittime di cotesti reati potessero sperimentare sul patrimonio del colpevole l'azione di danni derivante ex delicto „.

Anche il Merkel si era domandato: Perchè nella frode punibile deve valere come requisito la direzione dell'inganno a paralizzare l'azione civile, mentre negli altri delitti contro la proprietà un tal requisito non si pone? E aveva risposto così:

" 1. Il requisito in quistione non è in alcuno di questi delitti privo d'importanza. Ma nel furto, nella sottrazione etc. esso è dato dalla forma stessa, nella quale quei delitti comunemente sono commessi. Manca qui la possibilità della ipotesi contraria: un attacco il quale si tenga nei limiti civili, nel quale il risultato si aspetti dalla passività o dall'indifferenza dal lato dell'avente diritto. Il furto evita per sua natura testimoni e prove documentali; esso è nell'intenzione del delinquente sempre diretta a rendere impossibile all'avente diritto l'azione civile che ne risulta.

2. Negli altri delitti contro la proprietà sta già nella forma una injuria, ciò che non è il caso in generale nella truffa. Questo momento ingiurioso resta naturalmente indipendente dalla possibilità o impossibilità dei mezzi di difesa civili. Colui che distrugge la cosa di un altro, offende questo indipendentemente dal fatto se abbia apparecchiato mezzi per impedire l'azione civile di risarcimento, perchè in questo caso l'offesa al patrimonio non esaurisce il valore ingiurioso dell'azione.

Salta agli occhi come lo stesso avviene nel furto violento. Se il rapitore avesse intenzione di rimandare il rapito alla protezione civile, ciò potrebbe avere soltanto il senso di uno scherno tanto per l'offeso che per le istituzioni giuridiche,

anche se in concreto non fosse tolta la possibilità di ricorrere a questa protezione. Nella truffa il caso è diverso.

3. In questa cioè le parti si trovano di fronte in un campo, nel quale ciascuna di esse è rinviata fin da prima a servirsi dei mezzi giuridici civili in difesa dei proprii interessi. Il bisogno di ricorrere a questa difesa è un'eventualità posta dinnanzi agli occhi delle parti, che non può quindi appunto per ciò costituire di per sè sola una lesione per colui che vi si induce.

L'indennizzo, che l'ingannato ottiene per le vie civili, che gli sono aperte, non è qualche cosa di accidentale come quell'indennizzo che il derubato può ottenere dal ladro pentito, ma qualche cosa di principalmente posto in potere dell'offeso; niente di posteriore alla compiuta lesione giuridica, come è il menzionato indennizzo del derubato, ma un motivo che non lascia sussistere la lesione stessa. Esso non ha niente che fare con gli spontanei risarcimenti privati che sono un motivo di attenuazione di pena. Quest'ultimo si può presentare anche nella frode punibile quando in origine si voleva impedire la tutela dell'azione civile di risarcimento ed ha allora la stessa importanza che negli altri delitti patrimoniali.

Che la protezione civile abbia con la truffa un rapporto diverso che con gli altri delitti patrimoniali si è sempre sentito senza tuttavia essere chiaramente coscienti del motivo. Così esiste un' intera letteratura sulla quistione, quando basti la protezione civile contro l'appropriarsi fraudolentemente di vantaggi eccessivi o altrimenti come la frode punibile si distingua dalla frode civile, una quistione, la quale si fonda sul menzionato sentimento, riferendosi esclusivamente alla truffa. Ma bene intesa questa quistione pone da sè la risposta sotto le mani. Se in qualche caso è ragionevole di rimandare esclusivamente alla via civile colui che è stato ingiustamente offeso, come nel mettere la quistione si suppone, questo non può avvenire indubbiamente che quando fin da prima è posto in potere dell'offeso di riacquistare il suo per questa via. Al contrario questo rimando alla via civile è assurdo, quando la lesione giuridica sta appunto in questo, che tale via è stata fraudolentemente impedita. Di una sufficienza della protezione civile può ragionevolmente soltanto parlarsi, quando il torto si mantiene entro limiti civili, non quando si presenta come una rottura di questi limiti. Se perciò l'indicato requisito della frode punibile non si vuol tenere come tale, si deve conchiudere in conseguenza che l'intera dottrina della frode solamente civile manca di ogni senso „.

Mi pare che basti su questo punto, mi pare che non occorra esaminare uno ad uno gli altri delitti patrimoniali per mostrare come il criterio di punibilità dato per la frode non tocchi menomamente quelli che per tali altri delitti sono generalmente ricevuti; voglio notare sotanto che lo Hälschner, il quale fu col Gryziechi fra i più forti oppositori della dottrina del Merkel, immaginò ingegnosamente il caso di un furto commesso a scopo di farsi arrestare, restituendo la cosa rubata, da chi preferisce vivere piuttosto in prigione che fuori e domandò se con ciò alcuno degli estremi del furto venga a mancare. Ma fu agevole rispondergli che è elemento essenziale del furto l'intenzione di appropriarsi della cosa altrui e che quindi l'intenzione di restituirla evidentemente lo esclude.

Per quanto riguarda la dottrina del Merkel non mi resta quindi che il compito di qualche risposta alle osservazioni fatte dall'Escobedo nella sua prima ipotesi. È evidente come non sia più a parlare di privilegio dei ricchi, di monopolio nella industria dei delitti contro la proprietà. Poveri o ricchi, quando hanno avuto intenzione di produrre effettivamente un danno, siano o no riusciti nel loro intento, sono punibili, ma è naturale che non possa tendere al risarcimento, se non colui che abbia modo di risarcire. Questo da una parte, dall'altra gli esempii dati dal Merkel mostrano chiaro come sia ben possibile il caso di chi produca un errore con l'intenzione di trarre profitto dalla passività, dall'indifferenza dell'ingannato, sia pure dall'avversione di lui a ricorrere allo esperimento delle azioni civili. Questo è ammesso implicitamente dallo stesso Escobedo, a parte la confusione già notata fra intenzione di trarre profitto e intenzione di produrre danno. Si dirà che il caso è rarissimo ed è vero, ma ciò non dimostra che il criterio del Merkel non è atto a distinguere la frode penale dalla frode civile, vale a provare soltanto che quel criterio le ravvicina siffattamente da rendere ben rara l'ipotesi di un danno prodotto con inganno non tollerabile e tuttavia non punibile. E questo non è indizio di errore. Tutt'altro. Questo risponde invece ai bisogni della pratica, questo risponde alla tendenza della scienza, che cammina evidentemente verso la completa parificazione della frode civile e della frode punibile.

Non così, mi occorre ripeterlo, il criterio dato dall'avv. Escobedo che riprende apparentemente nuovo vigore per le nuove argomentazioni, non acquista alcun nuovo fondamento di ragione.

Io dissi che mi pareva un'accumulazione degli errori contenuti nella teoria del Lucchini e di quelli della teoria dominante nella giurisprudenza, e non mi pare di aver detto cosa falsa.

Difatti se è vero ciò che oramai si va ammettendo con sufficiente concordia, vale a dire che l'attitudine dei raggiri a produrre l'errore assolutamente o relativamente considerata, è inefficace a distinguere la frode civile dalla frode punibile, deve esser vero tanto per un atto giuridico, che ripeta la sua origine essenzialmente dalla frode, quanto per un atto giuridico, che sia parzialmente dalla frode inquinato. Anche per quest'ultimo la colpa dell'ingannato non può compensare il dolo dell'ingannatore, come non lo compensa in alcun'altra specie di reato, anche per quest'ultimo quella colpa accompagna l'inganno prodotto con mezzi comunemente tollerati tanto in civile quanto in penale ed è conseguenza, non causa di quella tolleranza, anche per quest'ultimo, sempre che da tale tolleranza si eccede e si produce con inganno un danno e un danno effettivo e un danno patrimoniale, l'ingannato, il danneggiato, a cui è tolta fraudolentemente ogni facoltà di ricorrere alla protezione civile, deve poter ricorrere alla protezione penale, anche per quest'ultimo l'inibizione di tale ricorso a colui che è vittima della sua buona fede, la quale non sempre è sinonimo d'imbecillità, conduce in pratica a conseguenze inique. Dove dunque l'Escobedo ammette la distinzione fondata sulla idoneità del mezzo, non è possibile che si sottragga alle critiche rivolte a quella distinzione

assai meglio che da me dal MERKEL, dal KÖSTLIN, dal KLIEN, dal FRIEDREICH, dal FERRI, dal SANTORO FAIELLA, dal CARFORA e dall'IMPALLOMENI.

Dove invece non distingue, occorre domandarsi: perchè non distingue? Se il criterio deve valere per il secondo caso, perchè non anche per il primo? E per quanto l'ESCOBEDO dichiari intuitiva la ragione della differenza, a me non è stato possibile, non che d'intuirla, di comprenderla. Bisogna prima d'ogni altro liberarsi da due argomenti o meglio da due ragioni di differenza, di cui ingegnosamente l'ESCOBEDO si serve senza affermazioni esplicite, quasi per incidente, rivestendone specialmente gli esempii da lui dati per applicare il suo criterio fallace. E sono la qualità di delinquente di professione, di frodatore di mestiere, che vede nel primo caso e la provocazione da parte dell'ingannato, che ammette soltanto nel secondo. In quanto alla professione, al mestiere, è evidente che non entra nella disputa; la ripetizione, l'abitualità del delitto può esserne aggravante, non elemento costitutivo; in quanto alla provocazione, non solo si torna alla compensazione fra colpa dell'ingannato e dolo dell'ingannatore, a cui sopra ho accennato, ma si ammette arbitrariamente che tale compensazione possa verificarsi solamente in un caso, mentre non è escluso che nell'altro possa aver luogo. Se alcuno ricorre ad altri per ottenere tre numeri certi e offre somme cospicue in rimunerazione della rivelazione, qual provocazione più evidente? E tuttavia non sarà possibile negare che l'atto giuridico sia essenzialmente fraudolento.

Nel resto non mi pare che, salvo le parole, la teoria dell'ESCOBEDO in questa parte differisca gran fatto dalla teoria del LUCCHINI. Il LUCCHINI, seguendo la formula accettata dal codice civile, dice: il dolo che produce errore sulla sostanza della cosa è dolo penale: l'ESCOBEDO dice: l'atto essenzialmente frodolento è punibile. Già ho notato altra volta che questa teoria ebbe vita non fortunata quasi un secolo fa e fu introdotta in qualche legge, che dovette in seguito ripudiarla. Altro che cresima, adunque, avrebbe ricevuto anche l'olio santo! Posso aggiungere p. es. che il KÖSTLIN disse diversamente ma in fondo la stessa cosa, quando, ritenendo in generale non punibile la frode contrattuale, distinse il caso, in cui l'oggetto del contratto e quello dell'inganno si identificano completamente, dal caso in cui l'intenzione fraudolenta è diretta soltanto ad una parte del contratto e quando escluse dalla frode contrattuale quella in cui l'ingannatore si serve del contratto unicamente come mezzo per danneggiare altri. Ma come può la circostanza che la frode è parziale, che l'ingannatore pur qualche cosa in realtà dia o presti o faccia, dare all'inganno un diverso carattere? *A* e *B* ingannano *C*, egualmente per un valore di cento lire, ma per *A* quella somma rappresenta l'intero importo di un suo debito, per *B* soltanto la metà; come può nel secondo caso la circostanza che l'altra metà non è stata oggetto di frode giustificare l'impunità? Il ladro e il rapinante, che non ruba o non depreda tutto quello che si si presenta sotto le sue mani, dovrebbe per la stessa ragione andare impunito. quando non ha preso tutto, quando non ha interamente offeso il diritto di proprietà, ma lo ha parzialmente rispettato. Il danno è eguale, è egualmente prodotto della frode, quale elemento di criminalità sussiste nel primo caso, manca nel secondo? Si dice: il danno immediato; ma non si dice cosa esatta, perchè non

v'ha la menoma ragione di ritenere che i cittadini si sentano turbati nella sicurezza dei proprii diritti da una frode di cento, che forma l'intero oggetto di un contratto e non da una frode di mille che ne forma soltanto una parte. Al contrario è proprio in questo punto che sta la superiorità della dottrina del Merkel. Si dica pure che nella frode civile ritenuta non punibile da quest'ultima dottrina l'inganno produce un danno, sebbene non patrimoniale, ossia non costituente una diminuzione del patrimonio dell'ingannato; è evidente che si tratta di un danno di natura affatto diversa che, presentandosi come risarcibile fin dal momento in cui sorge, può ritenersi tale da non richiedere necessariamente la protezione penale, da mantenersi in limiti, che sarebbero superati dall'applicazione o anche dalla minaccia di una pena. Qui si tocca evidentemente un criterio di punibilità, si paragona cioè il danno dell'impunità al danno della pena, ma ogni altra distinzione, che, lasciando eguale il danno del delitto e non mutando gli elementi subbiettivi che lo producono, in un caso punisce e non in un altro, è distinzione arbitraria ed infondata.

Persuadiamoci una volta per sempre che per la quistione che ci occupa in tanto noi dobbiamo guardare al codice civile in quanto concede o nega il risarcimento dei danni, perchè nel secondo caso, p. es. nella frode tollerata, è chiaro che non può parlarsi di frode punibile - Ma se la legge civile commina o no la nullità del contratto, è cosa che deve essere perfettamente indifferente al diritto penale, perchè è cosa fondata sopra un criterio che con la punibilità non ha niente a che fare. Sia detto per incidente e con tutto il rispetto dovuto a chi fu assai giustamente qualificato, niente meno che dal Gabba, come il più benemerito interprete della dottrina delle obbligazioni, quel criterio invano si cerca nella teoria del Giorgi, che parifica completamente l'errore prodotto dal dolo ad ogni altro errore, ritenendo sufficiente in ogni caso per la nullità della convenzione, che l'errore vi abbia dato causa. Questa teoria mi sembra contraria alla legge, la quale non solo ha espressioni differenti nell'un caso e nell'altro, ma pone una condizione alla nullità prodotta dal dolo, cioè che si tratti del dolo di uno dei contraenti e questa condizione non avrebbe senso, se il dolo per produrre la nullità dovesse produrre un errore, che già di per sè stesso renderebbe nullo il contratto; mi sembra contraria all'origine della legge perchè il Pothier, a cui il Giorgi si appella, disse che l'errore rende nulla la convenzione non solo quando cade sulla cosa, stessa ma altresì sulla qualità del cosa, che i contraenti hanno avuta principalmente in mira; ma aggiunse le parole: *e che ne forma la sostanza.* Or da queste parole si deduce, che, se per sostanza della cosa non si deve ritenere che la legge abbia inteso dire la *sub-stantia* filosofica *quod stat sub modis*, ma si può comprendere quella qualità della cosa che è sostanziale, d'altra parte nemmeno si può abolire ogni distinzione fra qualità principali ed accessorie e far passare anche queste ultime come sostanza della cosa, sol perchè sono state il motivo determinante il consenso di uno dei contraenti; questa teoria mi sembra contraria ai principii più anticamente e più recentemente confortati dal consenso della scienza, quale è quello, per esempio, che l'errore sui motivi non può condurre a nullità della convenzione, quando non è prodotto dal dolo, principio che ha tro-

vato espressa menzione nelle ultime leggi civili, cioè nel codice dell'impero germanico e in quella della confederazione svizzera; mi sembra infine conducente in pratica a conseguenze ingiuste e tali da scuotere la stabilità di ogni contrattazione, quando si possa accettare l'invalidità di ogni contratto per l'errore sopra una qualità accessoria, sempre che ne abbia costituito il motivo predominante.

Mi pare invece che meglio la dottrina francese più reputata abbia obbiettivamente distinte le qualità principali e sostanziali da quelle puramente accessorie ed accidentali, intendendo per le prime tutte quelle qualità, che, non essendo capaci di più o di meno, fanno classificare l'oggetto in una o in un'altra specie, secondo che quella qualità esiste oppur no (Marcadè, art. 1110). In base a questa distinzione è ritenuto insufficiente a render nulla la convenzione l'errore sulle qualità accessorie, quando pure abbia determinato il contratto, a meno che non sia prodotto dal dolo; in base a questa distinzione si scorge assai facilmente il criterio che giustifica la maggiore estensione data alla sanzione di nullità nel caso in cui sia intervenuto il dolo da parte di uno dei contraenti. Chi produce un danno per propria colpa è obbligato a risarcirlo e il migliore risarcimento è quello che rimette le cose nello stato in cui sarebbero, se la colpa non fosse intervenuta; chi mi ha indotto a contrattare, ingannandomi, sia pure intorno ad una qualità accessoria, deve risarcire il danno che ha prodotto e quando fra gli effetti del dolo sta il contratto, questo deve essere annullato.

Quando adunque il Lucchini disse che il dolo è necessario per la nullità del contratto solo se l'errore prodotto si riferisce ad una qualità non sostanziale dell'oggetto, perchè in caso di errore sostanziale questo basta da sè a render nulla la convenzione, disse cosa conforme alla dottrina civile più accreditata, pose una premessa giusta e fondata sulle disposizioni del codice civile, ma ne trasse, a mio avviso, una conseguenza illogica ed errata, quando trasportò la distinzione nel campo del diritto penale Nè la differenza fra dolo causam dans e dolo incidens, nè quella fra errore sulla qualità sostenziale e errore sulla qualità accessoria possono avere alcuna influenza sulla punibilità, perchè nè l'una nè l'altra ne mutano le basi che sono il dolo e il danno. Non il dolo che sussiste sempre, non il danno che è di diversa forma, ma non minore nè evitabile con altri mezzi che la minaccia penale, quando l'errore non si estende all'essenza del contratto.

È un sofisma grazioso ma sempre un sofisma quello del Carfora che dice: l'errore sulla sostanza produce la nullità del contratto, il dolo che è causa di quell'errore deve produrre qualche altra cosa e quindi deve essere punito. Tanto varrebbe dire, e perchè no? che, per esempio, l'errore sulla sostanza prodotto in un incapace deve essere punito, altrimenti o l'errore o l'incapacità varrebbero a niente. Non è perchè il dolo s'aggiunge ad un'altra causa di nullità che è richiesta la pena, ma perchè il dolo producendo l'errore produce il danno e questo avviene anche se l'errore da sè solo non basterebbe a produrre la nullità. Sta bene: senza dolo non v'è pena, ma può bene esservi pena senza errore sulla sostanza. La catena causale è questa: dolo- errore - contratto - danno; ora gli anelli di questa catena che possono ritenersi condizioni della punibilità sono il primo e l'ultimo e sono condizioni necessarie e sufficienti sì che l'uno o l'altro man-

cando non si entra nel campo penale, ma l'uno e l'altro concorrendo non può la diversa specie di contratto e di errore che formavano gli altri anelli produrre od escludere la sanzione penale. Non bisogna porre a confronto i diversi casi nello stesso contratto ma in contratti differenti e se è vero che la frazione di una quantità maggiore può essere più grande di tutta una quantità minore, si vedrà chiarissimo che il dolo può rivelare una temibilità di delinquente assai maggiore e il danno manifestarsi di natura molto più rilevante in un contratto, nel quale l'errore cade sopra una qualità accessoria, ossia in un contratto parzialmente inquinato dalla frode, che in uno nel quale cada sulla sostanza della cosa, ossia in un contratto interamente o essenzialmente fraudolento.

E non ho altro a dire per il momento. Torno ad invocare in questa materia un criterio chiaro, sicuro, determinato, che ponga fine all'arbitrio, un criterio che trovi fondamento nel fondamento generale della punibilità e non sia esso stesso un arbitrio, come mi pare debba dirsi del criterio dominante nella giurisprudenza e dei criteri che si è tentato di sostituirvi in Italia dal Lucchini, dal Carfora, dal Faggella e dall'Escobedo. Non ho fede di avere in alcuna maniera convinto specialmente quest'ultimo valoroso scrittore, ma ne ho tanta e così piena nell'ingegno di lui, di cui sono convinto ammiratore, da tenermi sicuro, che egli, mettendo la sua teoria nel gran crogiuolo della pratica e vedendola irresistente, dovrà tornare sui suoi passi e rinnegarla completamente.

E sbaglierò, ma mi pare che il caso de Pretto-Cappellari avrebbe dovuto spingerlo al primo passo.

Napoli, 26 settembre 1897.

Raffaele de Notaristefani.